



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2455 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Telecom Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Donatella Bardelloni e Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso l'Avv. Carlo Cerami in Milano, Galleria S. Babila, 4/A

contro

Società per Azioni Esercizi Aeroportuali - SEA, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso la stessa in Milano, Via Mose' Bianchi, 71

nei confronti di

Vodafone Omnitel N.V., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Libertini ed Alessandra Fagotti, con domicilio eletto presso la seconda in Milano, Via Gabrio Casati, 1

per l'annullamento

del provvedimento in data 5.7.2011, prot. 20592 con il quale SEA ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione definitiva della gara in favore di Vodafone;

del provvedimento in pari data prot. 20600, con il quale Telecom è stata informata di essere risultata seconda in graduatoria e con della possibilità di accedere all'offerta avversaria, salve le parti dichiarate non ostensibili; di tutti i verbali di gara, nonché, in subordine di tutti gli atti costituenti la *lex specialis* di gara ed in particolare il bando, il capitolato, il disciplinare e i relativi e allegati;

atti impugnati con il ricorso principale e con il ricorso proposto con motivi aggiunti, nonché

del provvedimento di ammissione, assunto nelle sedute di gara del 11.5.2011 di cui al verbale n. 1 e di quelli adottati nelle sedute dei giorni 12, 18 e 24.5.2011, di cui al verbale n. 2, con i quali la Commissione giudicatrice ha proceduto all'ammissione dell'offerta di gara presentata da Telecom Italia S.p.A., anziché alla sua esclusione;

di ogni altro atto e provvedimento connesso e/o consequenziale, con particolare riferimento alla graduatoria stilata dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 20.6.2011, di cui al verbale n. 5, limitatamente all'inserimento di Telecom Italia S.p.A. al secondo posto nella graduatoria;

atti impugnati con il ricorso incidentale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della soc Esercizi Aeroportuali – SEA S.p.A. e di Vodafone Omnitel N.V.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Vodafone Omnitel N.V.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara del 26.3.2011 la soc. SEA ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di telefonia mobile e trasmissione dati su rete presso gli aeroporti di Milano Linate e Malpensa. Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendosi l'attribuzione di 13 punti in relazione ai valori di soglia, 2 punti alle coperture del territorio nazionale e 5 alle caratteristiche dei terminali.

Con il ricorso principale e con i motivi aggiunti si contesta sotto vari profili l'aggiudicazione a favore della controinteressata, la quale ha a sua volta presentato ricorso incidentale.

Preliminarmente deve tuttavia esaminarsi l'eccezione di difetto di giurisdizione, che risulta infondata.

Sostiene in proposito la difesa della società resistente che la

procedura *de quo* non atterrebbe all'acquisizione di un servizio ricompreso nell'ambito dei settori speciali di cui alla Direttiva 2004/17/CE, e della parte III del D.Lgs. n. 163/06, mirando semplicemente all'acquisizione di servizi di telefonia mobile idonei a soddisfare le esigenze dei dipendenti della società resistente, e pertanto estranei all'attività aeroportuale, "*core business*" di SEA.

La detta prospettazione dei servizi oggetto dell'appalto non può tuttavia essere condivisa, poiché contrastante con quanto espressamente indicato nel relativo c.s.a. Il punto 1.3 evidenzia, infatti, che i detti servizi sono "sono assolutamente vitali per la gestione degli aeroporti", e che pertanto un'eventuale loro interruzione "nuocerebbe gravemente" alla stessa attività aeroportuale rivolta ai clienti della committente e agli Enti di Stato presenti in aeroporto"; nel successivo punto 1.4. si indica poi come la copertura del servizio debba riguardare "tutte le aree strategiche per il corretto funzionamento dell'aeroporto", quali, a titolo di esempio, le torri di controllo, i piazzali, gli hangar, le officine, ecc. Non può quindi essere considerato decisivo ai fini della qualificazione dell'oggetto contrattuale il fatto che il punto 2.1.3 del c.s.a preveda che l'aggiudicatario, in aggiunta a quanto precede, debba anche consentire la possibilità ai dipendenti di SEA di effettuare chiamate personali/private, con addebito dei costi agli interessati, trattandosi di prestazioni meramente accessorie a quelle principali, da effettuarsi direttamente nel quadro dell'attività della stazione appaltante, per lo

svolgimento dei servizi aeroportuali cui essa è preposta e come tale sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo.

I richiami ai principi espressi nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2011 non sono pertanto invocabili nel caso di specie, trattandosi di servizi inclusi tra quelli di cui all'art. 217 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto necessari all'esercizio delle attività aeroportuali, ascrivibili ai settori speciali di cui alla parte III del detto D.Lgs.

Venendo al merito, deve iniziarsi con l'esame del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, che è tuttavia infondato.

Con il primo motivo si sostiene che Telecom avrebbe dovuto essere esclusa per non aver prodotto le dichiarazioni di cui all'art. 38 riferite al sig. Aldo Minucci, il quale sarebbe stato nominato Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione in data 13.4.2011.

Con il secondo motivo si lamenta parimenti la violazione del detto art. 38 (comma 1 lett. c) per la mancata presentazione delle dette dichiarazioni da parte dei soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara. Il disciplinare di gara prevedeva inoltre che "con specifico riferimento ai soggetti cessati, per i quali l'impresa non sia in grado di produrre la dichiarazione sostitutiva resa dagli stessi soggetti cessati, è consentito al legale rappresentante dell'impresa di produrre dichiarazione sostitutiva, da formularsi nel testo di cui all'allegato doc. n. 2, resa ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000. Nel caso non vi siano soggetti cessati, ciò dovrà essere dichiarato nel doc. n. 2, che va in

ogni caso restituito". La relativa dichiarazione prodotta da Telecom conteneva la sola menzione del sig. Gabriele Galtieri di Suniglia e Genola, mentre i soggetti cessati nel triennio sarebbero invece quattro, rispettivamente in data 15.1.2010 (Frammartino Luigi), 27.1.2010 (Tartaruga Germano), e 1.5.2028 (La Spada Giovanni e Pieroni Raul). La detta dichiarazione sarebbe pertanto illegittima sotto due diversi profili, da un lato per non contenere la menzione dell'assenza di provvedimenti penali a carico dei detti soggetti, e dall'altro per non aver di per sé menzionato che risultavano soggetti cessati nel triennio antecedente l'indizione della gara.

Entrambi i motivi devo essere disattesi.

Allo stato degli atti non consta che alcuno dei soggetti sopra menzionati sia sprovvisto dei requisiti morali di cui all'art. 38, non essendo stato emesso nei loro confronti alcun provvedimento penale, ciò che in ogni caso la stazione appaltante accerterà d'ufficio in conformità alla normativa vigente, prima della stipula del contratto, ex art. 38 comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006.

Quanto alla *lex specialis*, come sopra testualmente riportata, la stessa non sanzionava "a pena di esclusione", la mera incompletezza delle produzioni documentali ivi indicate, ma solo la non veridicità delle dichiarazioni rilasciate ("qualora in sede di accertamento della veridicità dei requisiti attestati in sede di domanda di partecipazione e comprovati in sede di offerta, emerga la non veridicità delle dichiarazioni rese, e/o non risulti comprovato il possesso dei

requisiti previsti ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente verrà escluso dalla gara").

Il Collegio ritiene pertanto applicabile al caso di specie i principi espressi nella sentenza del Consiglio di Stato - Sez. IV 1.4.2011, n. 2066, con cui, dopo esser stato dato atto dell'esistenza di contrasti giurisprudenziali in ordine alle conseguenze derivanti dal cosiddetto "falso innocuo" (mancata allegazione dell'attestazione dell'esistenza di condanne penali per i soggetti indicati, a fronte di inesistenza di tali condanne), tra un orientamento "sostanzialista" ed altro più rigoroso, è stato affermato che l'omessa dichiarazione in ordine all'esistenza di condanne penali non è da considerarsi di per sé causa di esclusione (in assenza effettiva di condanne) sempre che il bando, come avviene nel caso di specie, "non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire".

Analogamente la sentenza della Sez. V 24.11.2011, n. 6240 ha confermato la doverosità, in difetto di esplicite previsioni escludenti della *lex specialis*, di una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause di esclusione. Non è pertanto dirimente il richiamo fatto alla sentenza di questo T.A.R. Sez. III 1.3.2011, n. 599, che appare coerente con le dette pronunce del Consiglio di Stato, essendo stato ivi affermato espressamente che l'omessa menzione del Direttore tecnico cessato non può considerarsi un falso innocuo "perché

contrasta con una specifica prescrizione disposta dalla *lex specialis* a pena della esclusione”.

Passando all'esame del ricorso introduttivo con il primo motivo è stato dedotto che il procuratore speciale di Vodafone, sig. Dario Sacchetti, sarebbe stato autorizzato a presentare offerte a gare d'appalto con un limite di spesa di € 200.000,00 e dunque ben al di sotto dell'importo a base d'asta, da cui il difetto del potere di rappresentanza.

Il visto motivo è peraltro infondato.

Il testo della detta procura smentisce, infatti, la tesi della ricorrente, in quanto i poteri con essa attribuiti sono stati espressi in due punti separati, con riguardo rispettivamente alla potestà di stipulare e risolvere contratti e a quella di presentare offerte a gare. Il visto limite di spesa di € 200.000,00 si riferisce, tuttavia, ai soli poteri "di cui al punto 1", e cioè a quelli relativi alla stipula dei contratti e non invece alla presentazione delle offerte, che è priva dunque del suddetto limite.

Con il secondo motivo si lamenta la violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06 per mancata presentazione delle dichiarazioni ivi previste da parte di tutti gli amministratori e direttori tecnici in carica, muniti di poteri rappresentativi.

Anche tale motivo risulta infondato.

Lo stesso ricorrente riconosce espressamente che la violazione *de quo* non era sanzionata dalla *lex specialis* "a pena di esclusione" (v. pag. 8

ricorso), dovendo pertanto richiamarsi le identiche considerazioni già espresse in occasione della reiezione del ricorso incidentale.

La terza censura deve essere invece accolta, non essendo l'offerta di Vodafone conforme a quanto richiesto dal c.s.a.

Il paragrafo 2.2.1 "terminali mobile tipologia entry", richiedeva la fornitura di modelli "tri-band", mentre il modello proposto dalla controinteressata (Nokia C1-01) è invece "dual-band", come tale tecnologicamente inferiore.

Secondo la difesa della stazione appaltante si tratterebbe di "prestazioni del tutto accessorie rispetto all'oggetto dell'appalto", affermandosi a giustificazione il solo fatto che i telefoni "tri-band" sarebbero solo il 20% del totale di 570 telefoni e dunque soltanto di 114 cellulari.

Osserva per questo aspetto il Collegio che l'oggetto dell'appalto è costituito dalla fornitura di "servizi di telefonia mobile" non potendosi pertanto, in assenza di diverse precisazioni nel c.s.a, azzerare *sic et simpliciter* il rilievo dei suddetti apparecchi nel quadro dell'offerta, che risulta dunque qualificabile sul piano contrattuale come un *aliud pro alio*.

Parimenti, da un punto di vista quantitativo, non può neppure considerarsi irrilevante il fatto che la percentuale degli apparati difformi sia dell'ordine del 20% del totale. Afferma, infatti, la ricorrente, senza essere stata smentita sul punto, che il modello "dual-band" presenta significative limitazioni rispetto a quello "tri-band".

band", tra cui la velocità di trasferimento dati inferiore, l'impossibilità di effettuare videochiamate e un utilizzo fuori dal territorio nazionale.

Aggiunge ancora SEA che i concorrenti erano tenuti a quotare unicamente i servizi offerti, mentre i cellulari dovevano essere forniti gratuitamente. Si tratta però all'evidenza di aspetti che attengono alla remunerazione complessiva dell'appalto, il che non accredita di per sé l'irrilevanza della fornitura di telefoni, aventi le indicate caratteristiche, da ritenersi pienamente ricompresa nell'oggetto dell'appalto.

Né risulta ancora rilevante il fatto che il c.s.a prevedesse che "in caso di cessata produzione o distribuzione l'appaltatore dovrà proporre nuovi modelli di terminali che dovranno possedere le caratteristiche minime equivalenti o migliorative"; sul fondamento di tale clausola, infatti, l'obbligazione giuridica di fornire nuovi telefoni è subordinata a circostanze che attengono ai cicli produttivi dell'aggiudicataria, non potendosi configurare alcuna pretesa di "aggiornamento tecnologico" azionabile autonomamente dalla stazione appaltante.

L'affermazione di SEA di poter richiedere all'aggiudicataria, senza alcun onere aggiuntivo a suo carico, la disponibilità di telefoni di tipo superiore successivamente alla formale presentazione dell'offerta non trova alcun riscontro nei confronti dell'aggiudicatario.

Alcun rilievo ha, poi, la circostanza secondo cui la commissione ha attribuito un punteggio contenuto al detto telefono, dato che la

richiesta di un modello "trial-band" atteneva alle caratteristiche tecniche minime, come indicato nel detto paragrafo 2.2.1 del c.s.a.

Il "modello di valutazione" allegato al disciplinare richiedeva espressamente che "l'offerta tecnica deve avere la struttura conforme ai capitoli 1, 2, 3 e 4 del capitolato tecnico", distinguendo inoltre espressamente tra i "servizi offerti" e i "valori migliorativi".

La difesa della controinteressata, al fine di sostenere l'infondatezza del motivo, richiama poi la disposizione della *lex specialis* secondo cui "saranno esclusi dalla gara i concorrenti che presentino offerte tecniche nelle quali fossero sollevate eccezioni e/o riserve di qualsiasi natura ai requisiti minimi richiesti e dettagliati nel Capitolato tecnico". L'argomentazione non ha tuttavia pregio. Il fatto che il c.s.a. prevedesse quale ulteriore ed autonoma causa di esclusione, l'inclusione nell'offerte di condizioni "di qualsiasi natura", non può giustificare l'ammissibilità di un'offerta difforme da quanto richiesto, qualora nella stessa non siano state apposte nominate deroghe.

Osserva, infine, il Collegio che le richieste di chiarimenti rivolte dalla stazione appaltante alla controinteressata (v. doc. n. 22 di parte ricorrente) hanno avuto ad oggetto aspetti ulteriori dell'offerta, rispetto alle viste caratteristiche tecniche dei telefoni. Conseguentemente, la questione ampiamente dibattuta tra le parti, relativa all'individuazione dei concreti margini entro cui la stazione appaltante potesse legittimamente ricorrere al detto potere di integrazione, non è di interesse ai fini della definizione della presente

censura, non avendo la stazione appaltante richiesto chiarimenti in ordine alla fornitura di telefoni “dual band”, in luogo di quelli “trial band”, richiesti dalla *lex specialis*.

La stazione appaltante ha in definitiva arbitrariamente accettato un'offerta avente ad oggetto telefoni con caratteristiche tecniche inferiori a quelle espressamente richieste dal capitolato speciale, ciò che non ha, ne avrebbe potuto formare oggetto di richieste di chiarimenti od integrazioni, dovendosi invece unicamente disporsi l'esclusione.

Il ricorso principale va pertanto accolto, potendosi così prescindere dall'esame di quello proposto con i motivi aggiunti, attesa la sopravvenuta carenza di interesse.

Il ricorso incidentale va invece respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in relazione alle complessità, anche tecnica, delle questioni dedotte.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale, accoglie il ricorso principale, dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse quello proposto con motivi aggiunti.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio

2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)